

**Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 11 luglio – 3 agosto 2017, n. 38692**

*Presidente Di Nicola –Relatore Mengoni*

*Ritenuto in fatto*

1. Con ordinanza del 23/1/2017, la Corte di appello di Milano dichiarava inammissibile - perché tardiva - la dichiarazione di ricusazione proposta da S.G. nei confronti della dott.ssa P.N.L. , Giudice del Tribunale di Lecco; ad avviso del Collegio, non erano stati rispettati i termini perentori di cui all'art. 38, comma 1, cod. proc. pen..

2. Propone ricorso per cassazione il S. , a mezzo del proprio difensore, deducendo - con unico motivo - l'inosservanza o erronea applicazione degli artt. 38, comma 1, 41, comma 1, 491, comma 1, cod. proc. pen.. La Corte di appello non si sarebbe avveduta del fatto che il S. - nel rispetto del termine di cui all'art. 38, comma 1, cit. - avrebbe tempestivamente invitato il Giudice ad astenersi, e questi avrebbe riservato la decisione, rinviando all'udienza successiva (del 10/1/2017); in quella occasione, a scioglimento negativo della riserva, l'imputato avrebbe allora immediatamente depositato copia della dichiarazione di ricusazione, l'indomani poi versata anche nella cancelleria della Corte di appello. Nella stessa udienza, peraltro, il difensore avrebbe rappresentato al giudicante la proposizione di ulteriori questioni preliminari, e questi avrebbe rinviato alla data del 14/2/2017. In forza di quanto precede, e della lettura offerta dell'art. 38, comma 1, cod. proc. pen. anche dalle Sezioni Unite di questa Corte, deriverebbe dunque la tempestività della domanda di ricusazione, con obbligo di annullamento dell'ordinanza impugnata.

3. Con requisitoria scritta del 26/5/2017, il Procuratore generale presso questa Corte ha chiesto dichiarare inammissibile il ricorso, condividendo gli argomenti spesi dal Giudice di appello.

*Considerato in diritto*

4. Il ricorso è fondato.

Osserva innanzitutto il Collegio che, nel caso di specie, trova applicazione l'art. 38, comma 1, cod. proc. pen., a mente del quale la dichiarazione di ricusazione può esser proposta - nel corso del giudizio - fino a che non sia scaduto il termine previsto dall'art. 491, comma 1, cod. proc. pen., ovvero subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti. Ciò premesso, rileva la Corte che il termine medesimo non poteva dirsi spirato al momento della presentazione della domanda in esame da parte del ricorrente, atteso che il Giudice - preliminarmente investito di un invito ad astenersi (questione comunque attinente alla sua capacità di ius dicere nella specifica vicenda) - si era riservato la decisione, rinviando tout court il processo ad altra data (10/1/2017), allorquando, sciolta in termini negativi la riserva, era stato immediatamente investito della domanda di ricusazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, cod. proc. pen.. L'imputato, pertanto, aveva dovuto attendere il maturare dell'udienza successiva, senza poter nelle more svolgere alcuna attività processuale, sicché quella proposta alla data del 10-11/1/2017 - a termine ex art. 491, comma 1, cod. proc. pen. non ancora decorso - non poteva ritenersi tardiva.

5. Questa conclusione, peraltro, trova conferma in un recente arresto del Supremo Collegio di questa Corte (Sez. U, n. 36847 del 26/6/2014, Della

Gatta, Rv. 260095), a mente del quale i termini per la formalizzazione della dichiarazione di ricsuzione, nell'ipotesi in cui il giudice abbia raccolto l'invito della parte ad astenersi, non decorrono fino a quando non sia nota la decisione di rigetto della dichiarazione di astensione. Le Sezioni Unite, in particolare, hanno sostenuto - con argomento pienamente condivisibile e qui da ribadire che "se è vero in via generale che il termine per la dichiarazione di ricsuzione decorre autonomamente, e non è collegato al rigetto della dichiarazione di astensione, diversamente è da dire nel caso in cui il giudice sia stato invitato ad astenersi dalla stessa parte e, accogliendo tale invito, abbia formulato la dichiarazione di astensione. In detta ipotesi, infatti, l'iniziativa del giudice che recepisca la sollecitazione della parte determina in capo a questa una legittima aspettativa a vedere riconosciuta la situazione di pregiudizio alla imparzialità e serenità del giudizio: imporre alla parte di affiancare un'autonoma dichiarazione di ricsuzione alla dichiarazione di astensione, fondata sulle stesse ragioni, comporterebbe non solo un appesantimento procedurale ma anche l'adozione di una incongrua iniziativa "antagonista" rispetto a un giudicante che si è invece mostrato sensibile alle ragioni prospettate dalla parte circa la sussistenza di una delle ipotesi di cui all'art. 36 cod. proc. pen. (in tali termini, Sez. 6, n. 3853 del 11/04/2002, Arnone, non massimata sul punto)".

6. Orbene, ritiene la Corte che, per quanto tale principio sia stato affermato con riguardo ad un'ipotesi parzialmente diversa da quella in esame (nella quale il giudice non aveva subito accolto l'invito all'astensione, ma aveva comunque riservato sul punto la decisione, rinviando il processo ad altra data), la motivazione che lo sostiene risulti in toto adattabile anche al giudizio in corso, sì da essere confermata; in particolare, deve rilevarsi che quel "appesantimento procedurale" che le Sezioni Unite tendono ad evitare si sarebbe di certo verificato qualora - a fronte della decisione del Giudice di rinviare il processo ad altra data, preliminarmente, proprio per decidere in ordine all'invito ad astenersi - si fosse comunque onerata la parte di proporre una contestuale e "parallela" dichiarazione di ricsuzione, avente il medesimo oggetto, che avrebbe così avviato il procedimento incidentale ex artt. 38 e ss. cod. proc. pen., con il palese rischio - in caso di accoglimento dell'invito citato - di una duplicità di procedure "antagoniste", suscettibili di eventuale composizione solo ai sensi dell'art. 39 cod. proc. pen. (a mente del quale la dichiarazione di ricsuzione si considera come non proposta quando il giudice, anche successivamente ad essa, dichiara di astenersi e l'astensione è accolta). Risulta, pertanto, corretta e rituale la decisione dell'imputato di attendere lo scioglimento della riserva assunta dal magistrato - si ribadisce, in via preliminare e nel pieno rispetto dell'art. 491, comma 1, cod. proc. pen. - proponendo poi la dichiarazione ex art. 38, comma 1, nel primo momento utile - parimenti rispettoso del termine perentorio appena citato - ossia alla comunicazione della decisione (negativa) del giudice in ordine all'invito ad astenersi.

Ne deriva che la Corte di appello non avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'istanza, che pertanto dovrà esser esaminata nel merito; con conseguente annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato.

*P.Q.M.*

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e dispone la trasmissione degli atti alla Corte di appello di Milano per l'ulteriore corso.